

University of Groningen

Case note: RvA 1 februari 2017, no. 35.524, (Cumulatieve toepassing algemene voorwaarden)

Pavillon, C.M.D.S.

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2017

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Pavillon, C. M. D. S., (2017). *Case note: RvA 1 februari 2017, no. 35.524, (Cumulatieve toepassing algemene voorwaarden): TBR 2017/133*, 10 blz., feb. 01, 2017. (Tijdschrift voor Bouwrecht; Vol. 2017, Nr. 8).

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

ding worden gevorderd¹⁰. De volledige schade moet worden vergoed¹¹.

13. Door uitspraak krijgen kabels en leidingexploitanten een nog sterkere positie. Zij kunnen namelijk

op deze manier de vergoedingssystematieken uit andere publiekrechtelijke regelgeving omzeilen met een gedoogplicht op grond van de Bp. Het is de vraag of de BP daarvoor bedoeld is geweest.

M. Rus- van der Velde en K.E. Haan

¹⁰ HR 6 december 1963, NJ 1965/56.

¹¹ HR 22 mei 1970, NJ 1970/368, en HR 2 februari 1979, BR 1979, p. 287.

Jurisprudentie – V. Aanneming van werk

TBR 2017/133

Raad van Arbitrage voor de Bouw, 1 februari 2017, No. 35.524, (Cumulatieve toepassing algemene voorwaarden?)

(Mr. E.A.G.M. van Rens, ir. W.J.M. Scheffers en L. Th. Verriet)

AVA 2013: art. 9; BW: art. 6:225, art. 6:136

Gebrekkig voegwerk. Toepasselijkheid algemene voorwaarden. Battle of forms. First shot rule. Cumulatieve toepassing. Dubbele verwijzing

Met gastnoot C.M.D.S. Pavillon, Red.¹

**De gronden van de beslissing
In conventie en in reconventie
De bevoegdheid**

4. De bevoegdheid van arbiters tot beslechting van dit geschil bij scheidsrechterlijk vonnis staat onbetwist tussen partijen vast.

De feiten

5. Tussen partijen staat voorts het volgende vast:

- a. Hoofdaannemster heeft voor haar opdrachtgever werkzaamheden verricht ten behoeve van de realisatie van een gevangenis. Onderdeel van de desbetreffende overeenkomst was het aanbrengen van 667 prefab betonnen cellen.
- b. De horizontale naden tussen de wanden en het plafond van deze cellen en de verticale naden tussen de wanden moesten gevoegd worden.
- c. Bij de door beide partijen ondertekende “*in-koopopdracht*” van 16 april 2014 (productie 3, die hierna wordt aangeduid als “de overeenkomst”) heeft hoofdaannemster aan onderaannemster de opdracht tot uitvoering van die voegwerkzaam-

heden verstrekt voor een aanneemsom van 667 x € 197,50 = € 131.732,50 exclusief btw.

d. De werkzaamheden zijn gestart in mei 2014 en zijn uitgevoerd op het terrein van hoofdaannemster.

e. Nadat de voegwerkzaamheden gereed waren, werden de complete cellen op het terrein geplaatst in afwachting van transport, dan wel vanaf de plaats waar zij waren gevoegd op een vrachtwagen met luchtvering geladen en getransporteerd naar de locatie van het werk, waar zij van de vrachtwagen werden gehesen naar hun definitieve plaats in de gevangenis.

f. Op 4 november 2014 heeft de opdrachtgever van hoofdaannemster geklaagd dat de door onderaannemster aangebrachte voegen scheuren vertoonden. Op dat moment waren er 344 cellen gevoegd.

g. Op 6 november 2014 heeft hoofdaannemster onderaannemster ingelicht over de klachten.

h. Vanaf 12 november 2014 heeft onderaannemster herstelwerkzaamheden verricht. Op 14 november 2014 meldde zij die herstelwerkzaamheden gereed.

i. Op 17 november 2014 hebben partijen opnieuw gesproken over de gebreken.

j. Naar aanleiding daarvan heeft één medewerker van onderaannemster herstelwerkzaamheden verricht. Afgesproken werd, dat deze de gecontroleerde en herstelde cellen zou merken.

k. Op 21 november 2014 heeft hoofdaannemster een steekproef van 10 voegen in de gemerkte cellen uitgevoerd. Bij 4 van de cellen was het herstel niet deugdelijk.

l. Op 25 november 2014 heeft de leverancier van de voegmortel de voegen geïnspecteerd. In zijn e-mail van 10 september 2015 (productie 22) verklaart hij:

“*Bij een aantal cellen zat er in de staande voeg van de Wc/Doucheruimte compriband dicht aan de buitenzijde. Plaatselijk zijn er bij het afklappen van de voegen*

¹ Charlotte Pavillon is universitair hoofddocent verbintenissenrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen en lid van de Redactieraad.

losse delen geconstateerd. Ook zijn er voegen aangetroffen met plaatselijk een minder goede vullingsgraad".

m. Bij e-mail van 27 november 2014 heeft hoofdaanneemster aan onderaanneemster bericht:

"In de achterliggende periode is gebleken dat in diverse cellen de werkzaamheden niet conform tekening en overeengekomen kwaliteit zijn uitgevoerd. Zo bleek op diverse plaatsen rugvulling in de voegen te zijn gebruikt. Dit bleek het geval bij controle van de werkzaamheden op [het terrein van hoofdaanneemster]. [Hoofdaanneemster] heeft u daarover ingelicht d.d. 6 November. Er zijn toen afspraken gemaakt hoe de voegwerkzaamheden zouden moeten worden uitgevoerd en voor de niet goed afgewerkt[e] cellen die inmiddels afgevoerd waren naar de montageplaats te [locatie] hoe deze dienden te worden hersteld.

[Op locatie] hebben partijen elkaar op 17 november 2014 opnieuw gesproken. Daarbij werd de oorzaak van [het] niet conform overeenkomst aanbrengen van de mortel, door bedrijfsleiding [onderaanneemster] gelegd bij eigen personeel. Het bedrijf hier: voegen onvoldoende gevuld. Daarnaast is gebleken dat niet alle cellen, waar zich defecte voegen bevonden, door [onderaanneemster] nagelopen en gecontroleerd zijn op deugdelijke voegen. Naar aanleiding van die bevindingen zijn wederom afspraken gemaakt om de defecten alsnog deugdelijk te herstellen.

Op 21 november 2014 is nogmaals door [hoofdaanneemster] gecontroleerd of werkzaamheden nu wel goed/conform overeenkomst waren/zijn uitgevoerd. Hierbij is een steekproef uitgevoerd m.b.t. 10 cellen, waarvan 4 onvoldoende gerepareerd bleken: voegen zaten los en/of er bevonden zich holle ruimtes achter de gevoegde naden.

Wij hebben [onderaanneemster] tot 2 maal de kans gegeven om gemelde gebreken [op locatie] te herstellen, echter zonder het vereiste resultaat. Wij zullen een andere partij opdragen de herstell werkzaamheden uit te voeren. De kosten daarvan zullen met u worden verrekend op de komende facturen".

n. Bij e-mail van diezelfde dag, 17 november 2014, heeft onderaanneemster aan hoofdaanneemster bericht:

"U geeft aan, dat na een steekproef uwerzijds is gebleken dat de reparatie- en controlewerkzaamheden niet geheel overeenkomstig de gemaakte afspraken zijn uitgevoerd. Daarnaast geeft u aan dat u de betreffende werkzaamheden door een andere partij wil laten uitvoeren en de kosten daarvan bij ons neer wil leggen.

Ik wil eerst opmerken dat ik, bij het zien van de door u verstrekte foto's en informatie, de uitvoering van werkzaamheden betreur.

Door interne omstandigheden (o.a. ongelukkige communicatie) zijn de werkzaamheden onvoldoende uitgevoerd.

Ik kan uw eenzijdige beslissing om de werkzaamheden bij een andere partij neer te leggen begrijpen maar kan er niet mee instemmen, uw besluit voor deze actie is nieuw voor ons en kan naar mijn mening alleen na overleg met ons besloten worden.

Ik verwacht dat u ons nog een kans geeft om de cellen [op locatie] te controleren en waar nodig te herstellen. [U] kunt er vanuit gaan dat ons bedrijf de problemen op zeer korte termijn en naar tevredenheid zal oplossen (a.s. maandag gaat een medewerker van ons dit uitvoeren)".

o. Bij e-mail van nog later op die dag heeft hoofdaanneemster - kort gezegd - laatstgenoemd aanbod afgeslagen en herhaald dat zij de gebreken door een derde zou laten herstellen.

Het geschil

6. Tussen partijen is in geschil welke algemene voorwaarden op de overeenkomst van toepassing zijn.

7. Volgens onderaanneemster zijn zowel de Algemene Inkoopvoorwaarden van hoofdaanneemster als de Algemene Voorwaarden voor Aannemingen in het bouwbedrijf 2013 ("AVA 2013") van toepassing.

8. Zij stelt voorts dat het voegwerk van de cellen is opgeleverd en goedgekeurd, dat zij daarom niet meer aansprakelijk is voor eventuele gebreken en dat zij dus onverkort recht heeft op betaling van haar openstaande facturen van in totaal € 53.081,85 inclusief btw.

9. Onderaanneemster concludeert: **"REDENEN WAAROM:**

[onderaanneemster] aan uw Raad van Arbitrage voor de Bouw verzoekt om [hoofdaanneemster] te veroordelen om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan [onderaanneemster] te betalen een bedrag van € 53.081,85, vermeerderd met de contractuele rente over dat bedrag, vanaf de datum dat [hoofdaanneemster] in verzuim is, althans een door Uw Raad van Arbitrage te bepalen datum of bedrag, tot aan de dag der algehele voldoening, en de kosten van deze procedure, waaronder begrepen de kosten van juridische bijstand, gevallen aan de zijde van [onderaanneemster], vermeerderd met de contractuele rente daarover, vanaf de datum van het in deze zaak te wijzen eindvonnis, tot aan de dag der algehele voldoening, althans tot een zodanig bedrag als uw Raad naar billijkheid vermeent te behoren, onder verklaring van het arbitrale vonnis, uitvoerbaar bij voorraad."

10. Hoofdaanneemster stelt dat de AVA 2013 niet van toepassing zijn, althans uitsluitend van toepassing zijn voor zover zij niet in strijd zijn met haar Algemene Inkoopvoorwaarden.

11. Zij betwist dat zij de werkzaamheden van onderaanneemster heeft goedgekeurd/geaccepteerd.

12. Zij stelt dat er gebreken kleefden aan het werk en dat zij onderaanneemster tweemaal de kans heeft gegeven deze te herstellen.

13. Hoofdaannamester stelt dat onderaannamester in verzuim verkeert, althans dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat onderaannamester een beroep doet op het ontbreken van verzuim.

14. Volgens hoofdaannamester had zij daarom het recht een derde in te schakelen om de gebreken te herstellen en heeft zij recht op verrekening van de kosten van dat herstel en de overige door haar geleden schade met de vordering van onderaannamester. Zij verwijst naar artikel 10 lid 6 en artikel 16 lid 2 van haar Inkoopvoorwaarden.

15. In conventie doet hoofdaannamester primair een beroep op verrekening van haar gestelde vordering met die van onderaannamester en stelt zij dat onderaannamester daarom niets meer van haar te vorderen heeft. Subsidiair beroept zij zich op partiële ontbinding van de overeenkomst “in die zin dat de aanneemsom uit de Overeenkomst met een bedrag à € 111.475,49 (inclusief btw) wordt verminderd in combinatie met verrekening”.

16. In reconventie vordert hoofdaannamester dat onderaannamester zal worden veroordeeld tot betaling van € 111.475,49 inclusief btw, vermeerderd met wettelijke (handels)rente en kosten.

17. Na eiswijziging bij Akte wijziging (vermeerdering) van eis van 6 oktober 2016 luidt de conclusie van hoofdaannamester:

MET CONCLUSIE:

Dat het Uw scheidsgerecht moge behagen bij arbitraal vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

In conventie:

primair:

[onderaannamester] niet-ontvankelijk te verklaren, althans de vorderingen van [onderaannamester] af te wijzen.

subsidiair:

de overeenkomst tussen [hoofdaannamester] en [onderaannamester] partiel te ontbinden per zodanige datum als Uw Raad in goede justitie vermeent te behoren in die zin dat de aanneemsom wordt verlaagd met een bedrag van € 111.475,49 inclusief btw, dit bedrag te vermeerderen met de wettelijke (handels)rente ex art. 6:119 (a) BW over dit bedrag vanaf 12 juni 2015 (de vervaldatum van de bij [onderaannamester] in rekening gebrachte kosten van C., productie 16) althans vanaf de datum van aanhangigheid van dit geschil, tot aan de dag van algehele voldoening;

meer subsidiair:

zodanig[e] uitspraak te doen als uw Raad in goede justitie vermeent te behoren;

zowel primair als (meer) subsidiair:

[onderaannamester] te veroordelen in de kosten van het geding, de kosten van rechtsbijstand van [hoofd-

aannamester] daaronder begrepen, te vermeerderen met de nakosten, een en ander te voldoen binnen 14 dagen na dagtekening van het vonnis, en - voor het geval voldoening van deze kosten niet binnen de gestelde termijn plaatsvindt - te vermeerderen met de wettelijke rente over voornoemde bedragen vanaf bedoelde termijn tot aan de dag van algehele voldoening.

In reconventie

primair:

[onderaannamester] te veroordelen om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan [hoofdaannamester] te betalen een bedrag van € 111.475,49 inclusief btw, dit bedrag te vermeerderen met de wettelijke (handels)rente ex art. 6:119(a) BW over dit bedrag vanaf 12 juni 2015 (de vervaldatum van de bij [onderaannamester] in rekening gebrachte kosten van [de aannemer die het herstel heeft verricht], productie 16) althans vanaf de datum van aanhangigheid van dit geschil, tot aan de dag van algehele voldoening;

subsidiair:

zodanig[e] uitspraak te doen als uw Raad in goede justitie vermeent te behoren;

zowel primair als subsidiair:

[onderaannamester] te veroordelen in de kosten van het geding, de kosten van rechtsbijstand van [hoofdaannamester] daaronder begrepen, te vermeerderen met de nakosten, een en ander te voldoen binnen 14 dagen na dagtekening van het vonnis, en - voor het geval voldoening van deze kosten niet binnen de gestelde termijn plaatsvindt - te vermeerderen met de wettelijke rente over voornoemde bedragen vanaf bedoelde termijn tot aan de dag van algehele voldoening”.

18. Onderaannamester voert gemotiveerd verweer in reconventie en concludeert dat hoofdaannamester in haar vorderingen niet-ontvankelijk moet worden verklaard, althans dat die vorderingen moeten worden afgewezen, met veroordeling van hoofdaannamester in de proceskosten, te vermeerderen met de wettelijke (handels)rente daarover vanaf de vijfde dag na dagtekening van het in dezen te wijzen eindvonnis.

De beoordeling van het geschil

Toepasselijke algemene voorwaarden

19. Arbiters overwegen dat in de een-na-laatste alinea van de offerte van onderaannamester van 26 februari 2014 is bepaald:

“Op al onze werkzaamheden zijn de bijgevoegde algemene voorwaarden voor aannemingen in het bouwbedrijf 2013 (AVA 2013) van toepassing”.

20. In de overeenkomst zelf wordt verwezen naar de genoemde offerte en is onder het kopje “Rechtsverhouding” bepaald:

“Van toepassing zijn de Algemene Inkoopvoorwaarden van [hoofdaannamester]”.

21. Uit het feit dat de overeenkomst vervolgens door beide partijen is ondertekend blijkt naar het oordeel van arbiters dat partijen

wilsovereenstemming hebben bereikt over de toepassing van zowel de Inkoopvoorwaarden van hoofdaanneemster, als de AVA 2013. Van een aanvaarding die afwijkt van een aanbod is dus geen sprake. Hoofdaannamester stelt dan ook terecht dat artikel 6:225 BW toepassing mist.

22. Anders echter dan hoofdaannamester stelt, dient op grond van het arrest van de Hoge Raad van 24 april 2015 (ECLI:NL:HR:2015:1125 r.o. 3.2.2 - 3.3.4) niet te worden bepaald welke set algemene voorwaarden prevaleert, maar zijn beide sets algemene voorwaarden van toepassing en dient in geval van onderlinge tegenstrijdigheid van bedingen in die voorwaarden door middel van uitleg aan de hand van de Haviltex-maatstaf te worden onderzocht welk beding prevaleert. Waar relevant, zullen arbiters dat hierna dan ook doen.

Facturen onderaannamester

23. Onderaannamester vordert betaling van 8 facturen betreffende het onderhavige werk. In totaal betreft dit een bedrag van € 45.883,22 inclusief btw.

24. De overige 10 facturen (in totaal € 7.198,63 inclusief btw) betreffen 8 andere projecten.

25. Hoofdaannamester heeft er onder 111 van haar memorie van dupliek/replik in reconventie op gewezen dat de facturen niet allemaal in het geding zijn gebracht. Zij stelt dat de grondslag van de vordering daardoor niet duidelijk is en dat die vordering daarom moet worden afgewezen wegens onvoldoende onderbouwing.

26. Desondanks heeft onderaannamester de 26 facturen betreffende de andere projecten niet overgelegd.

27. Ter zitting bood zij aan dat alsnog te doen, maar gezien de waarschuwing bij memorie van dupliek/replik in reconventie is dat aanbod naar het oordeel van arbiters te laat.

28. Nu uit de bij de memorie van eis overgelegde lijst met facturen op geen enkele wijze blijkt waarop die facturen zien, is de vordering gelet op de betwisting door hoofdaannamester onvoldoende onderbouwd en zal deze voor het genoemde deel van € 7.198,63 worden afgewezen.

29. De vordering in conventie komt dus slechts voor mogelijke verrekening in aanmerking tot het gedeelte van € 45.883,22 inclusief btw dat is onderbouwd met facturen waartegen op zichzelf geen onderbouwd verweer is gevoerd.

Gebreken in het werk van onderaannamester

30. Tussen partijen staat vast dat op grond van de overeenkomst:

- de naden volledig (vol en zat) gevoegd dienden te worden (detail H6, productie 17);
- de mortel minimaal 90 minuten brandwerend diende te zijn (pagina 2 van de overeenkomst, bovenaan, voorlaatste bullit point);
- de voegen niet verwijderbaar mochten zijn (pagina 2 van de overeenkomst, bovenaan, voorlaatste bullit point).

31. Arbiters achten aannemelijk dat de door onderaannamester aangebrachte voegen hieraan niet allemaal voldeden op grond van:

- de e-mail van hoofdaannamester van 27 november 2014 (productie 10);
- de reactie daarop van onderaannamester van diezelfde dag (productie 9);
- de brief van onderaannamester van 27 november 2014 (producties 10 en 23);
- de e-mail van onderaannamester van 27 november 2014 14:55 (productie 10)
- de e-mail van de uitvoerder van de opdrachtgever van hoofdaannamester van 25 augustus 2015 7:00 (productie 21);
- de e-mail van de leverancier van de mortel van 10 september 2015 16:17 (productie 22);
- het door onderaannamester opgestelde verslag van het onderzoek naar de gebreken van 1 april 2015 (productie 11);
- de verklaringen van C. van 14 september 2015 (productie 26) en 20 april 2016 (productie 41) met bijbehorende foto's (productie 42);
- de rapportage van de deskundige van hoofdaannamester (productie 44);
- de als productie 46 tot en met 48 overgelegde foto's.

32. Uit de overgelegde foto's in samenhang met de genoemde stukken blijkt immers dat:

- er sprake was van scheurvorming en onvoldoende hechting, met name tussen de voegen en de betonnen elementen waartussen deze zich bevonden (de voegen konden met hamer en beitel in lange stukken uit de naden worden verwijderd, waarbij niet of nauwelijks iets van de voegen achterbleef op de betonnen elementen);
- de mortel plaatselijk was aangebracht tegen een rugvulling van foamband, waardoor de voegen niet volledig waren gevuld met mortel;
- zich ook los daarvan holle ruimten bevonden in de voegen.

33. Dat de genoemde omstandigheden zich inderdaad voordeden, werd ter zitting grotendeels bevestigd door de directeur van onderaannamester, die verklaarde dat hij vlak voor 1 april 2015 op de bouwlocatie de voegen in circa 60 cellen heeft geïnspecteerd en in circa 20% daarvan heeft

geconstateerd dat er voegen ter plaatse van het binnenwandje van de natte cel eenzijdig loslieten van het beton. Voorts heeft hij volgens zijn verklaring “2 of 3” rugvullingen gezien.

34. Gezien de sub 30 hiervoor genoemde eisen die op grond van de overeenkomst aan het werk mochten worden gesteld, was er aldus sprake van gebreken.

Oorzaak gebreken en aansprakelijkheid

35. Hoofdaannemster stelt dat de voegmortal onvoldoende heeft gehecht op de betonelementen doordat het betonoppervlak onvoldoende is schoongemaakt en opgeruwd.

36. Onderaannemster wees er ter zitting op dat de aannemer die het herstel heeft verricht, heeft verklaard dat hij het oppervlak van de betonelementen ook niet heeft opgeruwd alvorens (bij wijze van herstel) nieuwe voegen daarop aan te brengen. Onderaannemster stelde dat het onvoldoende voorbehandelen van het beton dus geen oorzaak van de gebreken kan zijn geweest.

37. Daarin volgen arbiters haar echter niet. In voegspecie bevinden zich stoffen die reinigend/etsend werken. Omdat onderaannemster reeds voegen in de naden tussen de betonelementen had aangebracht, was er dus op het moment van de herstelwerkzaamheden wel degelijk sprake van een voorbehandeling. Het verweer faalt daarom en arbiters achten aannemelijk dat sprake is geweest van onvoldoende hechting doordat het betonoppervlak door onderaannemster onvoldoende is schoongemaakt en opgeruwd.

38. Anders dan onderaannemster verder stelt, heeft hoofdaannemster geen waar-schuingsplicht geschonden door er niet op te wijzen dat de betonelementen nog moesten worden voorbehandeld. Naar het oordeel van arbiters lag het op de weg van onderaannemster te controleren of het oppervlak geschikt was om voldoende hechting te verkrijgen. Hoofdaannemster stelde ter zitting terecht dat onderaannemster het oppervlak zonder voorbehoud heeft geaccepteerd door de voegen zonder nadere voorbehandeling daarop aan te brengen. Onderaannemster is daarom aansprakelijk voor de onvoldoende hechting van de voegen voor zover deze is veroorzaakt door een gebrek aan voorbehandeling.

39. Arbiters overwegen voorts dat in de verwerkingsvoorschriften van de leverancier van de mortel is voorgeschreven dat de voegen na het aanbrengen gedurende geruime tijd moeten worden nat gehouden, om te voorkomen dat zij te snel drogen en daardoor gaan scheuren/onthechten.

40. Volgens de verklaringen zijdens onderaannemster ter zitting was men zich tijdens het werk niet bewust van het genoemde verwerkingsvoorschrift want de voegen werden alleen met de tuinslang behandeld als het warm en droog weer was. Arbiters achten aannemelijk dat de geconstateerde scheurvorming/onthechting mede hierdoor is ontstaan. Onderaannemster had echter zonder meer de verwerkingsvoorschriften dienen te volgen en is dus aansprakelijk voor de scheurvorming/onthechting voor zover die is veroorzaakt door het onvoldoende nabehandelen van de voegen.

41. Niet ter discussie staat dat de voegmortel bij goede temperatuur minimaal een week moet uitharden. Vast staat echter dat een deel van de cellen binnen een week, dus op een moment dat de mortel nog kwetsbaar was voor trillingen, op transport is gezet/is verplaatst. Enkele cellen (circa 10, volgens de verklaringen ter zitting) zijn zelfs op de dag van het voegen zelf verplaatst.

42. Bij e-mail van 14 november 2014 16:36 (onderdeel van productie 9) en diverse malen daarna heeft onderaannemster hoofdaannemster er voor gewaarschuwd dat er schade kon ontstaan door te vroeg transport. Desondanks heeft hoofdaannemster ook daarna nog diverse cellen op transport gezet of op het terrein verplaatst binnen de uithardingsperiode van een week. Arbiters achten aannemelijk dat de geconstateerde scheurvorming/onthechting mede hierdoor is ontstaan. Hierbij weegt mee dat de detaillering van de cellen toch al gevoelig was voor trillingen, ook na het aanbrengen van een verankering in de oorspronkelijk niet in vloer en plafond verankerde wandjes van de natte cellen.

43. Schade die is ontstaan door het verplaatsten/transporteren vóór de waarschuwing op 14 november 2014 (toen er circa 374 cellen waren gevoegd) dient voor rekening van onderaannemster te komen, maar schade die daarna is ontstaan dient - zo stelt onderaannemster terecht - voor rekening van hoofdaannemster te blijven.

44. Anders dan onderaannemster stelt, blijkt uit de als productie 35 overgelegde e-mail van 3 september 2014 niet dat de rugvulling in overleg met hoofdaannemster is toegepast en dat daardoor veroorzaakte gebreken voor rekening van hoofdaannemster moeten komen. Voorts blijkt uit de als productie 31 overgelegde tekening niet dat onderaannemster rugvulling moest toepassen op de plaatsen waar zij dit heeft gedaan. Het staat vast dat onderaannemster de in eerste instantie door haar gebruikte rugvulling later heeft verwijderd en de voegen ter plaatse heeft hersteld, omdat daarmee ook naar haar mening geen deugdelijk resultaat werd bereikt. Zelfs indien het gebruik van

een rugvulling zou zijn overeengekomen, zouden de voegen niet zo eenvoudig te verwijderen mogen zijn als zij blijkens de overgelegde foto's en verklaringen waren.

45. Gezien de eis van volledige vulling, is onderaannemster aansprakelijk voor de aanwezigheid van holle ruimten. Daarbij merken arbiters wel op dat, anders dan hoofdaannemster stelt, de vullingsgraad van de voeg bij "vol en zat" voegen op grond van CUR 108:2013 (productie 13) geen 100% hoeft te zijn, maar 80%.

46. De stellingen van partijen omtrent het al dan niet voorgeschreven zijn van de mortel behoeven geen nadere bespreking, omdat niet is gesteld of gebleken dat enige schade is veroorzaakt door de mortelkeuze zelf.

Acceptatie gebreken?

47. Volgens onderaannemster is zij niet meer aansprakelijk voor de gebreken omdat:

- (1) het werk is goedgekeurd door middel van een tussen partijen overeengekomen "stickerprocedure" en dus moet worden geacht te zijn opgeleverd op grond van paragraaf 9 lid 3 AVA 2013; en
- (2) de facturen betreffende het voegwerk conform de in de overeenkomst vermelde procedure betaalbaar zijn gesteld.

48. Hoofdaannemster stelde ter zitting echter terecht dat dit onderaannemster niet ontslaat van aansprakelijkheid voor verborgen gebreken als die waarvan hier sprake is. Het verweer van onderaannemster faalt dan ook.

Verzuim en herstel door een derde

49. Op grond van artikel 16 van de Inkoopvoorwaarden van hoofdaannemster verkeerde onderaannemster - anders dan op grond van de AVA 2013 - van rechtswege in verzuim doordat zij de overeenkomst niet naar behoren was nagekomen en had hoofdaannemster daarom het recht de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden en het herstel van de gebreken door een derde te laten uitvoeren.

50. Arbiters overwegen dat de Inkoopvoorwaarden van toepassing zijn verklaard in de overeenkomst zelf en dat de AVA 2013 van toepassing zijn verklaard in de offerte die heeft geleid tot die overeenkomst. Naar het oordeel van arbiters stelt hoofdaannemster gegeven deze omstandigheden terecht dat artikel 16 Inkoopvoorwaarden als bijzondere regeling prevaleert boven de meer algemene regeling betreffende verzuim in de AVA 2013, zodat hoofdaannemster het recht had een derde in te schakelen voor het herstel van de door onderaannemster veroorzaakte gebreken.

51. Tegenover de betwisting daarvan door hoofdaannemster heeft onderaannemster niet aannemelijk gemaakt dat hoofdaannemster haar "*bewust buiten de deur*" heeft gehouden (sub 2.61 memorie van dupliek in reconventie). Dit beroep op schuldeisersverzuim faalt daarom.

52. Aan hoofdaannemster kan niet worden verweten dat de cellen na het transport te hoog stonden opgestapeld om herstelwerkzaamheden te kunnen verrichten, nu onderaannemster het herstel in deze situatie tweemaal zonder voorbehoud ter zake gereed heeft gemeld. Het desbetreffende verweer van onderaannemster (eveneens sub 2.61 memorie van dupliek in reconventie) faalt daarom.

53. Hoofdaannemster heeft dan ook in beginsel recht op verrekening/betaling van de kosten van herstel van de door onderaannemster veroorzaakte gebreken door een derde.

Omvang gebreken/schade en aandeel partijen in ontstaan daarvan

54. Arbiters overwegen dat er volgens de onweersproken stellingen zijdens hoofdaannemster ter zitting een grote tijdsdruk op het werk stond en dat de opdrachtgever van hoofdaannemster de herstelwerkzaamheden mede met het oog daarop heeft gemonitord. Gelet daarop en op de als productie 25 overgelegde mandagenregisters achten arbiters de gestelde omvang van de schade aannemelijk.

55. Voorts achten zij - anders dan onderaannemster - op grond van de overgelegde facturen van de aannemer die het herstel heeft verricht aannemelijk dat hoofdaannemster de schade heeft gedragen.

56. Omdat die aannemer is uitgegaan van een 100% vullingseis, is aannemelijk dat een deel van het herstel ten onrechte is uitgevoerd (sub 45 hiervoor). Uit de overgelegde stukken is niet is af te leiden welk deel van de herstelwerkzaamheden dit betreft. De daarmee bestaande onzekerheid dient voor risico van hoofdaannemster te komen omdat het op haar weg had gelegen een en nader inzichtelijk te maken. Onder deze omstandigheden ramen arbiters dit deel van het herstel met een ruime marge ten gunste van onderaannemster op € 27.868,87 inclusief btw (25% van de totale gevorderde schade van € 111.475,49 inclusief btw).

57. Slechts de overige € 111.475,49 -/- € 27.868,87 = € 83.606,62 inclusief btw komt dus in beginsel voor vergoeding in aanmerking.

58. Arbiters ramen dat er nog in totaal 5 rugvullingen in de voegen waren achterge-

bleven (waarvan er “2 of 3” zijn opgemerkt door onderaannemster; sub 33 hiervoor). De herstelkosten daarvan, die voor rekening van onderaannemster moeten komen (sub 44 hiervoor), ramen zij op € 1.000,00 inclusief btw in totaal.

59. Daarmee resteert nog te bespreken de schade die is veroorzaakt door onvoldoende voor- en nabehandeling, een vullingsgraad van minder dan 80% en te vroeg verplaatsen/transport. Deze betreft € 83.606,62 -/- € 1.000,00 = € 82.606,62 inclusief btw.

60. Op 14 november 2014 waarschuwde onderaannemster voor het eerst (sub 43 hiervoor) dat de cellen niet te vroeg getransporteerd/verplaatst mochten worden. Op dat moment waren er circa 374 cellen ($374 : 667 = 56\%$ van de cellen) gevoegd.

61. de overige 44% van de cellen is een deel te vroeg getransporteerd/verplaatst.

62. Arbiters ramen op basis van de voorgaande overwegingen en de overgelegde stukken dat de voor rekening van onderaannemster komende oorzaken voor 70% hebben bijgedragen aan de resterende schade van € 82.606,62 inclusief btw en dat het te vroege transport/verplaatsen van de cellen door hoofdaannemster na 14 november 2014 voor 30% daaraan heeft bijgedragen.

63. Aldus heeft hoofdaannemster recht op verrekening/betaling van € 1.000,00 + $(0,70 \times € 82.606,62) = € 58.824,63$ inclusief btw.

Verrekening

64. Met de raming van de schade in de voorgaande alinea faalt het verweer van onderaannemster dat op grond van artikel 6:136 BW geen sprake kan zijn van verrekening omdat de vordering van hoofdaannemster onvoldoende vast staat.

65. Na verrekening resteert een saldo van € 58.824,63 -/- € 45.883,22 (sub 29 hiervoor) = € 12.941,41 inclusief btw in het voordeel van hoofdaannemster.

66. De vorderingen van onderaannemster in conventie zullen daarom worden afgevoerd.

67. In reconventie zal de vordering van hoofdaannemster voor laatstgenoemd bedrag in hoofdsom worden toegewezen. (*Enz., enz., Red.*)

NOOT

1. Het voegwerk in prefab betonnen gevangeniscellen 1. vertoont gebreken. Deze gebreken zijn voor 70% te wijten aan een ondeugdelijke uitvoering van de voegwerkzaamheden door onderaannemster. Na twee pogingen hiertoe zijn de gebreken niet hersteld en schakelt hoofdaannemster een derde in om de gebreken te herstellen. Zij meent dat onderaannemster op dat moment op grond van de in de overeenkomst toepasselijk verklaarde Inkoopvoorwaarden in verzuim is en dat zij de overeenkomst mag ontbinden. Onderaannemster gaat er op basis van de in de offerte toepasselijk verklaarde AVA 2013 echter van uit dat hoofdaannemster het voegwerk heeft goedgekeurd en dat van wanprestatie geen sprake is. Het geschil draait dus om de vraag welke algemene voorwaarden hierop van toepassing zijn. Een op het eerste gezicht klassieke ‘battle of forms’ zou u denken (art. 6:225 lid 3 BW). Maar de Raad oordeelt anders. In deze noot bespreek ik dit oordeel en geef ik aan wat hier, geleet op voorliggende feiten, aan schort. Ik begin met een kort overzicht van de feiten en wederzijdse stellingen omtrent de toepasselijke algemene voorwaarden.

2. Onderaannemster verwijst in de één-na-laatste alinea van de offerte naar de AVA 2013. Zij ondertekent de overeenkomst waarin naar de offerte wordt verwezen (zie nr. 21 van het vonnis). Die overeenkomst bevat behalve een verwijzing naar de offerte een uitdrukkelijke verwijzing naar de toepasselijkheid van de Inkoopvoorwaarden van hoofdaannemster (onder het kopje ‘Rechtsverhouding’). Onderaannemster is van mening dat beide sets van toepassing zijn (nr. 7) doch beroept zich in deze zaak nadrukkelijk op art. 9 lid 3 AVA 2013 (goedkeuring gebreken door hoofdaannemster, nr. 47).

3. Hoofdaannemster ondertekent ook de overeenkomst waarin naar de offerte wordt verwezen en een verwijzing naar de eigen Inkoopvoorwaarden is opgenomen (nr. 21). Zij doet een beroep op haar eigen Inkoopvoorwaarden, in het bijzonder art. 10 lid 6 en 16 lid 2 (verzuim onderaannemster, nr. 14). Zij stelt dat de AVA niet van toepassing zijn (nr. 10) althans alleen van toepassing zijn voor zover zij niet in strijd zijn met de (eigen) Inkoopvoorwaarden. Uit de feiten blijkt overigens niet dat hoofdaannemster de AVA 2013 heeft verworpen. Zij stelt voorts dat 6:225 toepassing mist en dat op grond van het arrest *ForFarmers/Doens*² (r.o. 3.2.2-3.3.4) moet worden vastgesteld welke set algemene voorwaarden prevaleert (nr. 22).

4. Hoe luidt het oordeel van de Raad? Volgens arbiters zijn beide sets (cumulatief) van toepassing omdat de

² HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1125, TBR 2015/137 m.gastnt. S. Gulijk. Zie ook J.H.M. Spanjaard, “‘En’ is wat anders dan ‘of’”, *ORP* 2015(7) 229; J.J. Dammingh, ‘Drafting tips & skills: algemene voorwaarden’, *ORP* 2015 (7) 230, noot P.S. Bakker in *JOR* 2015, afl. 7-8; H.J.R. Raven, ‘Welke algemene voorwaarden zijn toepasselijk?’, *JuTD* 2015, nr. 17, 24 september 2015; S.A. Kruisinga, ‘Wat is rechtens indien een contractpartij verschillende sets algemene voorwaarden van toepassing verklaart?’, *NTHR* nr. 6, december 2015, p. 308-310 en A.H. Lamers & M.M. van Rossum, ‘Alternatieve en cumulatieve verwijzing naar algemene voorwaarden’, *WPNR* 2016/7097.

overeenkomst waarin naar de offerte wordt verwezen en een verwijzing naar de Inkoopvoorwaarden van hoofdaannamester is opgenomen door beide partijen is ondertekend (vgl. art. 6:231 sub c, nr. 21). Met hoofdaannamester zijn arbiters het eens dat art 6:225 niet van toepassing is. Er wordt niet aangegeven welk lid hier wordt bedoeld maar ik neem aan dat zij lid 3 op het oog hebben, de 'battle of forms' (nr. 21 slot). Arbiters wijzen erop dat op grond van het *ForFarmers/Doens*-arrest bij de cumulatieve toepasselijkheid van tegenstrijdige bedingen door middel van uitleg en de *Haviltex*-maatstaf moet worden vastgesteld *welk beding* prevaleert (nr. 22). Bij het uitleggen van de overeenkomst (nr. 50) acht de Raad doorslaggevend dat:

- de Inkoopvoorwaarden in de overeenkomst zelf zijn genoemd en de AVA 2013 (slechts) in de offerte die heeft geleid tot de overeenkomst.
- de Inkoopvoorwaarden een 'bijzondere regeling' vormen t.o.v. de 'meer algemene' AVA 2013. Uit deze omstandigheden volgt dat art. 16 Inkoopvoorwaarden van toepassing is en dat hoofdaannamester zich hier terecht op beroept.

5. Dit oordeel van de Raad roept een aantal vragen op: (i) Art. 6:225 BW wordt niet van toepassing geacht, is dat terecht?

(ii) Is i.c. wel sprake van cumulatieve toepasselijkheid zoals bedoeld in het *ForFarmers/Doens*-arrest?

(iii) Kloppen de bij de uitleg gehanteerde gezichtspunten en feitelijke waardering in het licht hiervan?

Hierna zal ik deze vragen beantwoorden op grond van mijn lezing van eerdergenoemde feiten, recente rechtspraak en literatuur. Hierbij geef ik enkele aanwijzingen hoe om te gaan met dubbele verwijzingen naar onderling conflicterende algemene voorwaarden. Die veelvoorkomende problematiek vraagt om praktische, eenvoudige hanteerbare regels.

6. Zo dient allereerst een onderscheid te worden gemaakt tussen de, laat ik ze voor het gemak zo noemen, 'battle of forms 1.0' en 'battle of forms 2.0'. De eerste 'battle' vormt de in art. 6:225 lid 3 bedoelde situatie waarin aanbod en aanvaarding naar twee verschillende sets verwijzen. In geval van een eerste verwijzing door partij 1 en een tweede verwijzing door partij 2 geldt de 'first shot rule': de set van partij 1 is van toepassing tenzij partij 2 de verwijzing naar die set uitdrukkelijk van de hand heeft gewezen.³ De tweede 'battle' betreft de situatie waarin aanbod en aanvaarding naar dezelfde twee (of meer) onderlinge tegenstrijdige sets algemene voorwaarden verwijzen. Dan is bepalend of gebruik is gemaakt van de verbindingswoorden 'of' dan wel 'en', anders gesteld of de toepasselijkheid van de twee sets voorwaarden alternatief of cumulatief is bedoeld. Voorts is beslissend of er een heldere richtingwijzer beschikbaar is⁴ aan de hand waarvan kan worden nagegaan welk beding (uit welke set) in een gegeven situatie van toepassing is. Ontbreekt een dergelijke richtingwijzer bij een alternatieve verwijzing, dan is geen van de sets van toepassing (*Visser/*

Avéro-regel).⁵ Ontbreekt zij bij een cumulatieve verwijzing, dan moet de rechter in geval van conflicterende bedingen de overeenkomst en daarin opgenomen dubbele verwijzing uitleggen om vast te stellen welk beding (uit welke set) in een bepaald geval geldt. Hierbij is de wijze waarop de algemene voorwaarden in de overeenkomst zijn vermeld, dan wel geïncorporeerd van belang.⁶ In de lagere rechtspraak is lange tijd de alles of niets-regel uit *Visser/Avéro* toegepast terwijl eigenlijk sprake was een cumulatieve verwijzing. Het *ForFarmers/Doens*-arrest heeft duidelijk gemaakt dat er verschil bestaat tussen een alternatieve en een cumulatieve verwijzing en dat in het laatste geval moet worden overgegaan tot het uitleggen van de overeenkomst om in geval van conflicterende bedingen de toepasselijkheid van een bepaald beding vast te stellen.

7. Na deze ruwe schets van de bij botsende voorwaarden geldende regels, ga ik over tot de beantwoording van de drie vragen. De eerste vraag luidt of (i) art. 6:225 BW ten onrechte buiten toepassing is gelaten. Vooropgesteld zij, dat de partij die het meest belang had bij het inroepen van de bepaling inzake de 'battle of forms 1.0', te weten onderaannamester, dit heeft nagelaten en zelfs heeft gesteld dat beide sets van toepassing zijn. Dit leidt er denkkelijk toe dat arbiters geen reden zien om de verwijzing naar de AVA 2013 in de offerte als eerste verwijzing aan te merken. Evenmin wordt nagegaan of de tweede verwijzing (door hoofdaannamester) een voldoende afwijzing vormt (dat is niet geheel ondenkbaar⁷ maar wordt dus niet nagegaan).

8. De casus vertoont niettemin gelijkenis met een 'battle of forms 1.0'. Het geschil gaat immers over de vraag welke set voorwaarden – die van partij 1 of die van partij 2 – i.c. van toepassing is, gelet op hun onderlinge tegenstrijdigheid (nr. 6). De onenigheid tussen partijen vloeit deels voort uit de vraag of aanbod en aanvaarding wel naar dezelfde algemene voorwaarden verwijzen: hoofdaannamester betwist immers de toepasselijkheid van de AVA 2013 (nr. 10). Beide partijen hebben hun eigen algemene voorwaarden aangeboden (een wezenlijk verschil met de casus in het *ForFarmers*-arrest waarin beide sets door Doens werden aangeboden⁸). Onderaannamester verwijst immers als eerste naar de AVA 2013. Hoofdaannamester heeft de offerte van onderaannamester, inclusief de, naar ik aanneem, duidelijk zichtbare verwijzing naar de AVA 2013 (kennelijk) aanvaard. Uit de uiteengezette feiten blijkt niet dat zij de AVA 2013 nadrukkelijk heeft verworpen. Uit niets blijkt dat zij niet akkoord ging met de toepasselijkheid van de AVA 2013 en uitsluitend onder toepassing van haar eigen Inkoopvoorwaarden wilde contracteren. Zij verwijst vervolgens als tweede (althans daar ga ik op grond van de vermelde feiten vanuit) naar haar eigen Inkoopvoorwaarden. Pas in de procedure verwerpt ze

³ Vgl. Bijv. Hof Den Bosch 18 maart 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:748, r.o. 4.13.

⁴ Voor de wederpartij moet op begrijpelijke en niet-onredelijke bezwarende wijze is aangegeven of nader geregeld welke van de sets in het gegeven geval van toepassing zal zijn.

⁵ HR 28 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2507, NJ 1998/705 m.nt. JH (*Visser/Avéro*). Is een dergelijke richtingwijzer er wel, dan is alternatieve toepasselijkheid mogelijk: HR 28 november 1997 (*General Vargas*), NJ 1998/706, m.nt. JH.

⁶ HR 13 juni 2003, ECLI:NL:HR:AF5538, NJ 2003/506 (*Vos/Heipro*).

⁷ Hof Amsterdam 19 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2953, r.o. 3.7.

⁸ Zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 22 december 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:9816, r.o. 3.4 waarin 1 partij een dubbele verwijzing maakte.

als gezegd de toepasselijkheid van de AVA 2013 maar dat is te laat. De door hoofdaannamester op het eerste gezicht niet uitdrukkelijk van de hand gewezen AVA 2013 zouden op grond van art. 6:225 lid 3 de op deze overeenkomst toepasselijke voorwaarden zijn. Hoofdaannamester had gelet op het feitencomplex dus belang bij het buiten toepassing laten van de 'first shot rule'.

9. Naar ik meen is hier, hoewel onderaannamester de toepasselijkheid van de Inkoopvoorwaarden niet heeft betwist, te snel aan lid 3 voorbijgegaan. Het risico van een ruim(hartig)e toepassing van de *ForFarmers/Doens*-regel is dat zij het leerstuk van de 'battle of forms 1.0' ondermijnt. De tweede verwijzer die een eerste verwijzing niet uitdrukkelijk van de hand wijst komt er goed vanaf als de als gevolg van de niet uitdrukkelijke afwijzing ontstane dubbele verwijzing zo wordt uitgelegd dat zijn voorwaarden (de tweede verwijzing) van toepassing zijn.

10. De tweede vraag die bij mij opkwam bij het lezen van dit vonnis is (ii) of er in deze overeenkomst wel sprake is van cumulatieve toepassing? Verwijzen aanbod en aanvaarding van beide partijen inderdaad naar beide sets voorwaarden? Vaststaat dat, anders dan in het *ForFarmers/Doens*-arrest, geen sprake is van een dubbel aanbod door één partij. Om bij niet-gelijktijdige verwijzingen door verschillende partijen van cumulatieve toepassing te spreken is mijns inziens een dubbele toepassingsverklaring nodig waarmee partijen hebben ingestemd. Hiervan is in deze zaak, zo lijkt het, geen sprake. Van de formule 'en-en' is geen gebruik gemaakt. De dubbele toepasselijkheid is niet expliciet geregeld.⁹ Een richtingwijzer ontbreekt evenzeer. Hoofdaannamester heeft de dubbele toepassing ook niet bewust aanvaard want zij betwist inmiddels de toepasselijkheid van de AVA 2013. In *ForFarmers/Doens* werd de toepasselijkheid van beide sets juist niet betwist.

11. Aangenomen dat sprake is van cumulatieve toepassing van de twee sets algemene voorwaarden, dan rijst tot slot de vraag of de uitleg die aan de dubbele verwijzing is gegeven en waaruit de voorrang van de Inkoopvoorwaarden is afgeleid, correct is. Met andere woorden (iii) kloppen de door bij de uitleg gehanteerde gezichtspunten en feitelijke waardering in het licht hiervan? I.c. hebben partijen geen richtingwijzer opgenomen in de overeenkomst.¹⁰ Alles wijst erop dat partijen, althans hoofdaannamester zich niet van de dubbele toepasselijkheid bewust waren/was. Om vast te stellen welke voorwaarden voorrang genieten gaan arbiters over tot het uitleggen van de overeenkomst aan de hand van de *Haviltex*-norm. Beslissend is de betekenis die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de dubbele verwijzing mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Hiertoe zijn in de rechtspraak een aantal gezichtspunten of vuistregels geformuleerd. Het gaat hierbij niet om harde regels al geven de goed hanteer-

bare gezichtspunten wel de nodige houvast.

12. Een belangrijk gezichtspunt betreft de plek waar de verwijzingen staan en de wijze waarop de (algemene) voorwaarden in de overeenkomst worden vermeld. De vraag is of een van de verwijzingen opvallender is dan de andere.¹¹ Een door- of getrapte verwijzing zal bijvoorbeeld niet snel voorrang krijgen. In *ForFarmers/Doens* werd betekenis gehecht aan het feit dat de ene verwijzing een standaardverwijzing op briefpapier vormde en de andere verwijzing in de hoofdttekst was ingevuld en voorzien van een handgeschreven pijl. Arbiters achten in deze zaak van belang dat de verwijzingen in verschillende documenten staan, de overeenkomst zelf en de (eerder opgestelde) offerte waarnaar in de overeenkomst wordt verwezen. De op zich duidelijke verwijzing in de offerte is niet expliciet in het contractdocument opgenomen. Een dergelijke invulling van het gezichtspunt 'de plaatsing van de voorwaarden' staat haaks op de 'first shot rule' van art. 6:225 lid 3 BW door de tweede verwijzing voorop te stellen. Daar kan echter tegenin worden gebracht dat onderaannamester een rechtstreekse verwijzing naar de AVA 2013 in de tekst van de overeenkomst had kunnen bedingen.

13. Een tweede gezichtspunt betreft de vraag of het gaat om specifieke dan wel algemene voorwaarden.¹² Specifieke, door partijen afzonderlijk overeengekomen afwijkende voorwaarden hebben doorgaans voorrang boven een algemene voorwaarde. Van dit gezichtspunt maken arbiters in deze zaak ook gebruik door te oordelen dat de verzuimregeling in de AVA 2013 'de meer algemene regeling' is en art. 16 Inkoopvoorwaarden een 'bijzondere regeling' vormt, die mede om die reden voorrang geniet. Vraag is of dit gezichtspunt hier op de juiste wijze is ingevuld. Het gaat in beide gevallen om algemene voorwaarden en niet om specifieke bedingen. De aantrekkelijkheid van tamelijk evenwichtige 'standaardvoorwaarden' als de AVA en UAV neemt sterk af als eenzijdige algemene voorwaarden op grond van dit gezichtspunt worden voorgetrokken en het gebruik hiervan aldus wordt beloofd.

14. Er zijn meer gezichtspunten die een rol spelen bij de toepassing van de *Haviltex*-norm. In de *ForFarmers/Doens*-zaak sloeg het hof bijvoorbeeld ook acht op het feit dat *ForFarmers* een professionele partij is, die een langdurige handelsrelatie met de leverancier had en goed op de hoogte was van de inhoud van de toepasselijke 'standaardvoorwaarden' (r.o. 3.2.2). De vraag is of voor onderaannamester hetzelfde geldt. Hier lijkt geen sprake te zijn van een duurrelatie en onderaannamester lijkt niet op de hoogte van de inhoud van de (bijzondere) Inkoopvoorwaarden. Arbiters houden het bij de eerdergenoemde twee gezichtspunten en wijden niet verder uit over de omstandigheden van het geval rond de totstandkoming van de overeenkomst. Mogelijk zijn zij niet gesteld. Uit de beschikbare feiten kan niet worden opgemaakt of, en zo ja, hoe de aanvaarding van de cumulatieve verwijzing heeft plaatsgevonden.

⁹ Vgl. Hof Den Bosch 12 mei 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1694, Prg 2015/179.

¹⁰ Ook mogelijk is om een rangorderegeling af te spreken: zie bijv. Rb. Rotterdam 20 april 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3039.

¹¹ Zie hierover ook Bakker, *JOR* 2015/222, nr. 6.

¹² HR 13 juni 2003, ECLI:NL:HR:AF5538, *NJ* 2003/506 (*Vos/Heiprop*).

15. Gelet op het feit dat onderaannemster uitgaat van de toepasselijkheid van beide sets voorwaarden is deze uitspraak begrijpelijk. Toch wringt zij. Het geschil heeft veel weg van een klassieke 'battle of forms' en de cumulatieve toepasselijkheid staat mijns inziens niet vast. Tot slot is ook de uitleg van de overeenkomst wat kort door de bocht, waarschijnlijk bij gebrek aan nadere feiten. Deze uitspraak laat mijns inziens zien dat gewaakt moet worden voor een situatie waarin de regel uit het *ForFarmers/Doens*-arrest

(zoals vroeger die uit het *Visser/Avero*-arrest) op alle situaties van conflicterende voorwaarden wordt losgelaten. Daarnaast geldt dat bedrijven nog steeds¹³ te weinig aandacht besteden aan de toepasselijkheid van algemene voorwaarden. Bedrijfsjuristen en zij die (bouw)bedrijven op dit punt adviseren en bijstaan mogen de betekenis van dit leerstuk niet onderschatten.

C.M.D.S. Pavillon

¹³ T.H.M. van Wechem, 'Enkele praktische aandachtspunten bij het in gebruik nemen en opstellen of aanpassen van algemene voorwaarden' in: B. Wessels, *Contracten maken*, Deventer: Kluwer 2007, p. 85.

Jurisprudentie – VI. Overig privaatrecht

TBR 2017/134

Hof Den Haag, 1 november 2016, zaaknr. 200.166.394/01, ECLI:NL:GHDHA:2016:3182 (Aansprakelijkheid architect en verzekering)

(Mr. D.A. Schreuder, mr. H.M. Wattendorf en mr. B.R. ter Haar)

SR 1997: art. 11, art. 13

Globale meting bouwperceel. Ontwerp past niet. Aansprakelijkheid architect. Schade. Verzekeraar. Faillissement architect. Cessie verzekeringsovereenkomst.

Met gastnoot F.R.A. Schaaf, Red.¹

Beoordeling van het hoger beroep

1. De door de rechtbank in het vonnis van 14 januari 2015 vastgestelde feiten zijn niet in geschil. Ook het hof zal daar van uitgaan. Het gaat in deze zaak om het volgende.

1.1. Bedrijf (hierna: (B)) heeft op 15 april 2005 een opdrachtbevestiging uitgebracht aan SVO, betrekking hebbende op het uitvoeren van werkzaamheden voor het project '12 woningen aan de Bernhardstraat te Oud Gastel'. De opdrachtbevestiging vermeldt over de werkzaamheden het volgende:

'Uit te voeren werkzaamheden omvatten:

1. vervaardigen van voorlopig ontwerp, ter bespreking met opdrachtgever
2. vervaardigen van definitief ontwerp en indienen ter beoordeling van de Welstandscommissie
3. vervaardigen van bestektekeningen, technische bladen en detailleringen voor bouw aanvraag

4. vervaardigen en indienen aanvraagformulieren voor het verkrijgen van een bouwvergunning volgens het nieuw bouwbesluit

5. vervaardigen van EPN, isolatie en ventilatieberekeningen behorende bij de bouw aanvraag

6. overleg met beton/staalconstructeur over de uit te voeren constructies, een en ander volgens door opdrachtgever te verstrekken sonderingen

7. vervaardigen van het bestek, in overleg

8. uitgave van bestek en tekeningen, in overleg met opdrachtgever

9. overleg aannemers en installateurs voor offerte

10. vervaardigen van opdrachten na aanbesteding

11. coördineren en controleren van tekening beton/hout/staalconstructie

12. bouwcontrole tijdens de uitvoering van het werk, zijnde eenmaal per week

13. bouwvergaderingen (1x per 4 weken) met verslag en notulering van deze en verzenden naar belanghebbenden

14. eerste oplevering van het werk

15. eindoplevering van het werk'

1.2. Tussen SVO en (bedrijf) te (plaats) (hierna: (K)) is op 14 maart 2007 een overeenkomst van aanneming van werk gesloten terzake de bouw van de hiervoor genoemde twaalf woningen.

1.3. Tien van de twaalf woningen waren omstreeks juni 2009 gereed.

1.4. (B) heeft voor de laatste twee twee-onder-één-kap woningen een gewijzigd ontwerp gemaakt in de vorm van één vrijstaande woning. De gemeente heeft de hiervoor aangevraagde bouwvergunning geweigerd. Vervolgens is door (B) andermaal een nieuw ontwerp gemaakt van een kleinere twee-onder-één-kap woning.

¹ Frank Schaaf is advocaat bij Kelkman en Meijer te Den Haag.